

Il 41 bis e il diritto alla speranza: tra declinazione collettiva e declinazione individuale.

di Arianna Gallina

1. Un pizzico di storia 2. Il 41 bis all'attenzione della Corte Costituzionale e della Corte EDU 3. Un regime da valutare in concreto 4. Il posto degli internati nel mondo del 41 bis ord. pen. 5. Il punto di vista del Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale 6. Considerazioni finali attorno ad un regime stretto fra opposte esigenze

Premessa

In questa strana epoca, che oscilla fra populismo e omaggio acritico al *politicamente corretto* può risultare, nondimeno, necessario ritornare su istituti giuridici delicati ed al centro di forti polemiche, per rivalutarne criticamente l'attualità, l'utilità, la tenuta nel corso del tempo.

Il regime del "carcere duro" è senza dubbio uno di questi istituti.

Al centro di un incrocio strategico per contrastare la criminalità mafiosa e terrorista, il regime detentivo di cui all'art. 41 bis o.p. vive un momento particolarmente delicato.

Questa norma, infatti, condivide con l'art. 4 bis o.p. (l'altra strada dell'incrocio) ragioni storiche, politiche, criminologiche e giuridiche. Ebbene, la circostanza che fra i molti punti deboli dell'art. 4 bis oggi sia stato messo in crisi dalla giurisprudenza costituzionale proprio l'ostacolo all'apertura ai benefici premiali in difetto di collaborazione con la giustizia pone l'interprete e gli operatori del diritto nella necessità di domandarsi quale presente e quale futuro debba esservi per il regime detentivo differenziato per mafiosi e terroristi. Molti, infatti, percepiscono le potenzialità che il complesso -e per certi versi incerto- ragionamento proposto dalla Sent. n. 253/2019 della Corte Costituzionale pone rispetto al tema del regime detentivo in questione. Non a caso la Corte si è ampiamente diffusa a chiarire che la lotta alla mafia non ha perso di attualità perché lo Stato non ha ancora vinto: l'emergenza non è superata, sottolinea la Consulta. Ma al di là delle espressioni tranquillizzanti e delle stesse intenzioni del giudice costituzionale, la tensione intorno al tema del 41 bis nel dibattito politico e giuridico sembra salire¹ anche come conseguenza inevitabile dello scricchiolio registrato sul fronte dell'ostatività per l'accesso ai benefici penitenziari per i condannati per mafia e terrorismo: se *il coefficiente* di ragion di stato -o, se si preferisce, di funzione preventiva della pena-tollerabile da un organismo democratico sano scende al di sotto di quello compatibile con la pretesa di subordinare l'accesso ai benefici penitenziari alla collaborazione, può restare comunque sufficiente a giustificare il divieto di abbracciare un figlio minore o di incontrare per qualche ora propri cari?²

Come si vede l'interrogativo non è ultroneo, né frutto di un approccio ideologico. Se così è, allora in questo momento ha particolarmente senso riflettere su questo

¹ Colpisce, ad esempio, l'intervento del PM H. J. Woodcock su "Il Fatto Quotidiano" del 6 novembre 2020 (Rivista online) cui ha replicato sullo stesso quotidiano G. Caselli in data 8 novembre 2020.

² E. Dolcini, F. Fiorentin, D. Galliani, R. Magi, A. Pugiotta, *Il diritto alla speranza davanti alle corti – Ergastolo ostativo e articolo 41bis*, Giappichelli; ma merita interesse anche la "recensione" del libro a cura di G. Fiandaca pubblicata su *Questione Giustizia online* il 9 marzo 2021.

istituto e verificarne la salute, l'utilità, fare, insomma, un *check-up*, onde comprendere se si tratta di un efficace e indispensabile strumento di contrasto alla criminalità mafiosa o del retaggio di una logica emergenziale legata ad una stagione superata, incompatibile con un Paese moderno. Nel nostro piccolo di operatori del diritto cerchiamo di dare una risposta a queste difficili domande, o quanto meno di mettere a fuoco i punti deboli che ostacolano una risposta appagante per tutti. Ma per provare a farlo occorre uno sguardo d'insieme.

1. Un pizzico di storia

Ai fini di una riflessione intorno al regime speciale di detenzione ex art. 41 *bis* L. n. 354/75, inevitabili risultano alcune premesse di tipo storico.

Già alla fine degli anni Settanta, in particolare nei cosiddetti "anni di piombo", il legislatore avvertì l'esigenza d'introdurre un sistema carcerario differenziato che fosse in grado di contrastare il fenomeno della criminalità organizzata e assicurare l'ordine e la sicurezza pubblica.

Un primo intervento in merito venne avviato con il Decreto Interministeriale del 21 luglio 1977 istitutivo di cinque carceri di massima sicurezza, allora inesistenti, a cui venne applicata la disciplina dell'art. 90 ord. pen. Le disposizioni ivi contenute erano volte a sospendere le ordinarie regole di trattamento in presenza di gravi ed eccezionali motivi di ordine e sicurezza all'interno degli istituti penitenziari.

Tuttavia, se da un lato il ricorso a tale strumento per lungo periodo di tempo aveva, in parte, soddisfatto le esigenze di contenimento, dall'altro ne erano emerse le criticità, prima tra tutte l'applicazione generalizzata anche ai ristretti per reati comuni, indipendentemente da qualsivoglia valutazione circa l'effettiva pericolosità. Fu così che con la legge n. 663 del 1986 (Legge Gozzini), il legislatore intervenne in materia con l'abrogazione dell'art. 90 ord. pen. alla luce del fatto che fosse stato «denunciato come una disposizione idonea a dar luogo a forme di abuso e violazione dei diritti umani»³, introducendo come strumento sostitutivo l'art. 41 *bis* ord. pen., rubricato "Situazioni di emergenza", con il duplice intento di rafforzare, per un verso, l'aspetto risocializzante e gli annessi benefici premiali, dall'altro di garantire una maggiore attenzione alle esigenze di ordine e sicurezza pubblica. A tale scelta seguì l'inserimento di una ulteriore disposizione, ovvero quella del regime particolare ex art. 14 *bis* ord. pen., al fine di demandarvi i problemi quotidiani di gestione ed ordine all'interno degli istituti. L'art. 41 *bis* ord. pen., sembra mantenere pertanto, la medesima valenza di *extrema ratio* dell'art. 90 ord. pen., potendovi ricorrere esclusivamente qualora il regime di cui all'art. 14 *bis* ord. pen., si dimostrasse insufficiente.

Eppure, gli strumenti adottati si rivelarono ben presto inefficaci. Invero, quella stessa criminalità che un tempo sembrava potersi gestire e controllare con strumenti di applicazione generalizzata nella vita carceraria, cambia forma, si consolida e non si arresta. Alla criminalità terroristica si aggiunse la diffusione del fenomeno mafioso.

L'art. 41 *bis* ord. pen., nella sua struttura originaria in un unico comma, non bastò a fermare gli atroci delitti compiuti specialmente agli inizi degli anni Novanta.

³ S. Ardita, *Il regime detentivo speciale 41 bis*, Giuffrè Editore, Milano 2007, p. 9.

Per queste ragioni, nel biennio 1991-1992 si susseguirono numerosi interventi legislativi atti a contrastare la criminalità organizzata che culminarono, con il d.l. n. 306/1992, nella modifica dell'art. 4 *bis* ord. pen. contestualmente all'introduzione del regime 41 *bis* comma 2 ord.pen.

Ferma la competenza del Ministero della Giustizia di adottare il provvedimento e quella del Ministero degli Interni di sollecitarne l'adozione, la nuova disposizione introduce la facoltà "di sospendere, in tutto o in parte, nei confronti dei detenuti o internati per taluno dei delitti" rientranti nella prima fascia dell'art. 4 *bis* ord.pen. o comunque per "un delitto che sia stata commesso avvalendosi delle condizioni o al fine di agevolare l'associazione di tipo mafioso" l'applicazione delle ordinarie regole di trattamento e degli istituti "che possano porsi in concreto contrasto con le esigenze di ordine e sicurezza".

La nuova disciplina continuò, tuttavia, ad apparire inidonea al raggiungimento del fine ultimo della norma, mostrandosi eccessivamente generica nei presupposti di applicazione, quanto discrezionale nella facoltà di sospendere le ordinarie regole di trattamento rischiando di intaccare fondamentali principi costituzionali, primo tra tutti quello della funzione rieducativa della pena. Inoltre, tra le diverse critiche, emerse l'esigenza di un testo di legge che determinasse meglio il contenuto della disposizione ponendo fine a proroghe "indeterminate" di un regime, in realtà, a carattere temporaneo.

Il Parlamento approva così nel dicembre 2002 la legge n. 279 che riscrive la disciplina del regime speciale andando a sostituire i commi 2 e 2 *bis* con gli attuali commi da 2 a 2 *sexies*. In ogni caso nuovamente necessario è stato l'intervento del legislatore che con la legge n. 94 del 2009 ha chiarito e modificato taluni aspetti nonché attribuito maggior rigore al regime in questione.

Le restrizioni imposte, su cui tuttora la Consulta si china per la verifica di legittimità, specificate nel comma 2 *quater*, sono volte a prevenire la possibilità di contatto dei detenuti sottoposti a siffatto regime speciale di detenzione con il mondo esterno, esplicandosi: nell'isolamento in istituti o aree apposite, nella possibilità di svolgere un solo colloquio al mese, nella limitazione dei beni e delle somme che possono essere ricevute dall'esterno, nella sottoposizione a visto di censura della corrispondenza e nella possibilità di permanenza all'aria aperta per un massimo di due ore e in gruppi di socialità non superiore a quattro detenuti.

Al contempo, divengono duplici le ragioni atte a giustificare l'adozione del corrente regime. Infatti, oltre al titolo di reato, l'attenzione si focalizza anche sulla presenza di «elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con un'associazione criminale, terroristica o eversiva».

Nondimeno, la legge n. 279/2002 è intervenuta anche sul primo comma dell'art. 4 *bis* ord.pen. ovvero sull'elenco dei reati cosiddetti ostativi per l'accesso a qualsiasi beneficio per via dell'assenza di collaborazione con la giustizia da parte dei detenuti. Si evince, dunque, che la categoria dei soggetti destinati a sottostare al regime detentivo differenziato di cui all'art. 41 *bis* ord. pen., è identificata *per relationem* sulla base dei delitti previsti ex art. 4 *bis* comma 1 ord. pen⁴.

Proprio da questo ultimo aspetto muovono le considerazioni che seguiranno.

⁴ Sulla correlazione tra le due norme: L. Cesaris, sub Art. 41 *bis* ord. penit., in *Ordinamento Penitenziario Commentato*, Cedam, Padova, 2019.

Invero, la Corte Costituzionale e la Corte Edu, oramai da tempo, si sono pronunciate sui vari aspetti di rigidità che caratterizzano il carcere duro: dall'impossibilità di cottura dei cibi, alla tutela della corrispondenza con il difensore, all'evitare che il colloquio con questi possa essere considerato eguale a quello con i familiari, sino ad arrivare ad affrontare la questione dello scambio di oggetti tra ristretti appartenenti al medesimo gruppo di socialità.

L'inserimento di un regime di massima sicurezza come quello disciplinato dall'articolo in oggetto non è stato esente da critiche a livello nazionale ed europeo, seppur sempre giustificato dalla necessità di intervenire in maniera estrema per la difesa di un tessuto sociale e territoriale permeato per troppo tempo da una criminalità pervasiva.

Orbene quest'ottica potrebbe venir meno dopo che la Consulta con la sentenza n. 253/2019, ha dichiarato incostituzionale l'art. 4 *bis* comma 1 ord. pen., nella parte in cui non garantisce la possibilità di accesso ai benefici premiali -nel caso di specie all'art. 30 *ter* ord. pen.- per tutti quei detenuti che pur non avendo collaborato con la giustizia, potrebbero accedervi sulla base dell'assenza di elementi che possano far presumere l'attualità dei collegamenti del/dei detenuti con l'organizzazione criminale d'appartenenza. Da ciò, in virtù della correlazione che da sempre caratterizza il rapporto normativo tra gli artt. 4 *bis*, 58 *ter* e 41 *bis* ord. pen., riflessioni sorgono attorno a quella che potrebbe apparire la volontà della Corte Costituzionale di intervenire sul regime speciale dell'art. 41 *bis* ord. pen.

Soprattutto di recente è stato, infatti, oggetto di accesi dibattiti, politici e sociali, circa la sua portata considerata, allo stato, quasi obsoleta o perlomeno caratterizzata da una eccessiva rigidità nella sua funzione di tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica da fenomeni criminali di cui il nostro Paese non sembrerebbe essere più toccato come è stato, invece, all'origine dell'emergenza.

2. Il 41 *bis* all'attenzione della Corte Costituzionale e della Corte EDU

Tanto premesso, circa la *ratio* che ha portato lo Stato ad intervenire con misure ancor più stringenti rispetto a quelle previste dall'ordinario sistema di detenzione, occorre soffermarsi sulle più importanti pronunce in tema di carcere duro. Ciò al fine di comprendere se, al momento, il ricorso ad un simile regime di detenzione, debba essere ripensato nella sua interezza, ovvero: funzione e disciplina; oppure risulti sufficiente reconsiderarne talune isolate criticità.

La sua "esistenza" è stata sino ad ora giustificata da fatti storici che hanno visto nell'art. 41 *bis* ord. pen. l'unica via di repressione efficace avverso la criminalità organizzata, essenzialmente di tipo mafioso. L'obiettivo, infatti, è sempre stato quello di assicurare l'ordine e la sicurezza esterna al carcere, in primo luogo, «impedendo o quanto meno contrastando, il collegamento del detenuto con l'organizzazione criminale operante all'esterno»⁵, attraverso l'applicazione di norme a carattere preventivo. Proprio in ragione di ciò si riconosce al regime speciale in oggetto, per l'appunto, una funzione preventiva⁶. Tale aspetto ha suscitato, sin da subito, perplessità in ordine alle modalità di raggiungimento dello scopo, mettendo, pertanto, in discussione la complessiva legittimità dell'istituto.

⁵ S. Romice, *Brevi note sull'art. 41 bis o.p.*, in *Giurisprudenza Penale* (Rivista web 2017), p. 17.

⁶ S. Ardita, *Il regime detentivo speciale 41 bis*, Giuffrè Editore, 2007, p.87.

In particolare, le principali sentenze della Consulta circa l'illegittimità costituzionale dell'art 41 *bis* comma 2 ord. pen., sono accomunate dal ricorso per presunta violazione degli artt. 3, 13, primo e secondo comma, 27 terzo comma, Cost., soprattutto per quanto attiene le caratteristiche ed i limiti della sindacabilità giurisdizionale del provvedimento applicativo.

Su quest'ultimo punto, invero, si era formato un indirizzo della giurisprudenza di legittimità secondo il quale i provvedimenti ministeriali di applicazione del regime speciale sarebbero stati giudicabili dal Tribunale di Sorveglianza esclusivamente per valutare l'esistenza dei presupposti per l'applicazione dell'art. 41 *bis* ord. pen. al soggetto condannato/imputato, tralasciando il vaglio sul contenuto delle singole misure limitative per l'utilizzo dell'ordinaria disciplina penitenziaria. A tal proposito, l'intervento del Giudice delle leggi con la sentenza n. 349/1993, ripreso poi dalle successive pronunce costituzionali, ha precisato che il sindacato sulla legittimità dei provvedimenti adottati dall'amministrazione penitenziaria spetta al giudice ordinario⁷ sia per la verifica dei presupposti applicativi del siffatto regime; sia per il rispetto dei limiti posti dalla legge e dalla Costituzione in ordine al contenuto del provvedimento, tanto sotto il profilo della proporzionalità delle misure adottate quanto nel rispetto di situazioni soggettive non comprimibili.

Punto fermo, che permette quindi, di non rintracciare nell'art. 41 *bis* ord. pen., una violazione costituzionale degli articoli 13 e 27 Cost., è rappresentato in primo luogo dal fatto che l'amministrazione penitenziaria nell'adottare provvedimenti in ordine alle modalità di esecuzione della detenzione non deve mai oltrepassare «il sacrificio della libertà personale già potenzialmente imposto al detenuto con la sentenza di condanna», restando, quindi, simili provvedimenti «soggetti ai limiti ed alle garanzie previsti dalla Costituzione in ordine al divieto di ogni violenza fisica e morale (art. 13 quarto comma), o di trattamenti contrari al senso di umanità (art. 27, terzo comma)»⁸.

La Corte nel definire i limiti interni ed esterni, entro cui può muoversi l'amministrazione penitenziaria nel far proprie talune decisioni, ha dettato le linee guida, confermate anche dalle successive statuizioni, che permettono una interpretazione conforme a costituzione della norma in oggetto. Da una parte, infatti, non possono essere adottate misure incidenti sulla «qualità e quantità della pena»⁹, volte a intaccare il regolare trattamento di rieducazione e osservazione del detenuto; dall'altra deve essere tenuto saldo il principio a mente del quale l'applicazione del regime ex art. 41 *bis* comma 2 ord. pen. è consentito esclusivamente ove ricorrano concrete esigenze di ordine e sicurezza esterne al carcere che, diversamente, non potrebbero essere garantite. Pertanto, soltanto in mancanza del rispetto dei limiti indicati, l'imposizione del regime speciale diverrebbe ingiustificato e contrario a costituzione.

Dunque, la sentenza n. 349/1993, può essere definita come la sentenza “pilota” che determina la chiave di lettura e l'impostazione da seguire nell'interpretazione della normativa per assicurare un sistema che sia conforme al dettame costituzionale.

Inoltre, non sono mancate questioni di legittimità sulla violazione dell'art. 3 Cost., scaturite dal fatto che l'applicazione del regime speciale avviene per *relationem* in

⁷ Corte Costituzionale sentenza n. 410, 23 novembre, 1993.

⁸ In questi termini: Corte Costituzionale nella sentenza n. 349, 28 luglio, 1993.

⁹ Espressione utilizzata dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 349/1993, ripresa nuovamente dalla Consulta nella sentenza n. 351/1996, § 4.

base all'elenco tassativo dei reati previsti ex art. 4 *bis* ord. pen così generando una categoria di detenuti, «“predeterminati per dettato normativo”»¹⁰. Siffatto problema, è stato comunque riscontrato anche a seguito della legge che ha ristretto l'ambito attuativo dell'art. 41 *bis* ord. pen. ai soli reati di cui al comma 1 dell'art. 4 *bis* ord. pen., oltre che riferirsi a tutti quei delitti commessi avvalendosi delle condizioni o al fine di agevolare l'associazione di tipo mafioso.

Per molti versi, tale scelta è da sempre parsa come se rappresentasse nient'altro che un automatismo legato unicamente al titolo di reato, escludendo a monte quei soggetti resisi colpevoli di crimini per cui risulta preclusa l'applicazione della disciplina ordinaria della detenzione, salvo il caso in cui scegliessero di collaborare con la giustizia.

Anche in questo caso la Corte, in una diversa pronuncia, ha chiarito che, nonostante le espressioni «gravi motivi di ordine e sicurezza pubblica» contenute nel secondo comma dell'art. 41 *bis* ord. pen., possano *ictu oculi* mostrarsi troppo generiche, tanto da creare apparenti discriminazioni tra categorie di detenuti, non è così ove si compia una interpretazione più restrittiva e focalizzata all'essenza della norma. Il punto di forza di questa disposizione risiede, infatti, nell'essere stata concepita per far fronte alle specifiche esigenze di garantire ordine e sicurezza pubblica. Esigenze che sembrano potersi raggiungere soltanto attraverso la preclusione di qualsiasi collegamento «fra detenuti appartenenti a organizzazioni criminali, nonché fra questi e gli appartenenti a tali organizzazioni ancora in libertà»¹¹. Ciò dimostra come, la corretta applicazione del regime in questione è da sempre subordinata al fatto che debba trattarsi di soggetti a carico dei quali sia possibile rintracciare elementi da cui discernere la sussistenza dei collegamenti con un'associazione criminale, terroristica o eversiva, ancor prima dell'introduzione esplicita di codesto aspetto nell'art. 41 *bis* ord. pen., avvenuta soltanto con la legge n. 94 del 2009. Il presupposto del collegamento costituì già ai tempi di siffatte pronunce, la prova positiva per avvalorare l'applicazione della normativa del carcere duro rispetto a quella ordinaria che, in presenza di tali legami, si sarebbe rivelata insufficiente.

Nondimeno, l'importanza di ricorrere ad uno strumento come quello dell'art. 41 *bis* ord. pen.¹², in grado di arrestare le efferate stragi mafiose che colpirono l'Italia, fu compreso anche dalla Corte Edu. Invero, ricostruendo il mosaico di pronunce del giudice di Strasburgo, è possibile evincere che se pur ha individuato nel regime la causa della potenziale violazione di talune norme della Convenzione per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali¹³, al contempo, ha in diverse statuizioni, confermato la propria ricorrente giurisprudenza di non rinvenire nell'applicazione del regime speciale una violazione dei diritti umani del detenuto, ovvero, dell'art. 3 CEDU. A partire dal caso Labita, infatti, l'analisi della

¹⁰ Corte Costituzionale n. 376/1997, in questo caso, fa riferimento alle parole del giudice a quo nel momento in cui rileva la violazione dell'art. 3 Cost. a causa delle modalità di applicazione della norma ex art. 41 *bis* comma 2 ord. pen.

¹¹ Si è pronunciata così la Corte Costituzionale nella sentenza n. 376 del 1997 nel § 5. A tal proposito vd: L. Cesaris, *In margine alla sent. Corte cost. n. 367/1997 comma 2 ord. penit. Norma effettiva o norma virtuale?* in *Cass. pen.*, 1998, 1212/828, p. 3179.

¹² Sul punto: S. F. Vitello, *Brevi riflessioni sull'art. 41 bis dell'ordinamento penitenziario nel più vasto contesto del sistema penitenziario*, in *Cass. Pen.*, 1994, 1212/636, p. 2861.

¹³ C. eur. Dir. Uomo, 27 marzo 2008, Guidi c. Italia, ric. n. 28320/02; C. eur. Dir. Uomo, 28 settembre 2000, Messina c. Italia, ric. n. 25498/94; C. eur. Dir. Uomo, 30 ottobre 2003, Ganci c. Italia, n. 41576/98. Cfr: C. Minnella, *La giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo sul regime carcerario ex art. 41 bis ord. penit. e la sua applicazione nell'ordinamento italiano, Giurisprudenza*, in particolare § 7 e 8.

Corte Edu ha portato a ritenere che l'esistenza di un espediente volto a sospendere le ordinarie regole di detenzione, non risulta, di per sé, illegittimo, stante dover compiere una valutazione caso per caso dell'eventuale violazione dell'art. 3 CEDU, rispetto al trattamento riservato al singolo detenuto.

Affinché possa parlarsi di trattamenti «inumani» e «degradanti»¹⁴, la giurisprudenza sovranazionale ha dunque chiarito che deve raggiungersi una soglia consistente di gravità che vada al di là dell'afflizione derivante dalla detenzione intramuraria. In particolare, la Corte Edu fa riferimento ad una serie di elementi da valutare nel complesso atti ad incidere maggiormente sul raggiungimento della soglia di gravità, ovvero dipendenti da: «la durata del trattamento e dei suoi effetti fisici o psicologici nonché, talvolta, dal sesso, dall'età e dallo stato di salute della vittima»¹⁵. Agli aspetti prettamente personali del detenuto, da dover tenere in considerazione, si aggiunge l'obbligo di provvedimenti restrittivi che siano accompagnati da un'adeguata motivazione, al fine di poter considerare realmente necessaria l'applicazione di questo regime.

Lo stesso orientamento, confermato nel corso degli anni, è stato, più di recente, ripreso anche nel caso Paoello c. Italia¹⁶, ove è stata ribadita la conformità del regime speciale di detenzione alla Convenzione, salvo, dover esaminare il singolo caso concreto per il riscontro di una eventuale violazione dell'art. 3 CEDU. Ancora una volta, dunque, anche nella giurisprudenza europea, a prevalere è l'esigenza di difesa sociale che giustifica l'esistenza e applicazione del carcere differenziato, atteso che lo scopo ultimo di tale regime, è quello di elidere contatti dei detenuti con il mondo esterno sin tantoché sussiste il pericolo della permanenza del vincolo associativo con l'organizzazione criminale di appartenenza. Orbene, proprio tale necessità, attuata con stringenti restrizioni che intaccano aspetti di vita privata dei soggetti sottoposti a tale regime sembra, allo stesso tempo, contrastare con quanto previsto dal comma 6 dell'art. 1 ord. pen. che così dispone: «Nei confronti dei condannati e degli internati deve essere attuato un trattamento rieducativo che tenda, anche attraverso i contatti con l'ambiente esterno, al reinserimento sociale degli stessi».

Se quanto sin qui esposto illustra il pensiero passato e costante della giurisprudenza dei giudici di Strasburgo, lo scenario appare oggi, invece, evolversi, in virtù di un'ottica comunitaria volta a prediligere un sistema detentivo fondato sulla massima elasticità da dover riservare a tutte le categorie di detenuti.

Sul punto, una delle decisioni più significative è quella presa dalla Corte Edu in materia di ergastolo ostativo nella sentenza Viola c. Italia¹⁷. Difatti, pur concentrandosi su un aspetto specifico del nostro sistema carcerario, ha comunque

¹⁴ In questi termini si è espressa la Corte Edu, Paoello c. Italia, n.37648/02, 1 settembre 2015: «Affinché una pena e il trattamento cui essa si accompagna possano essere qualificati «inumani» o «degradanti», la sofferenza o l'umiliazione provocate devono in ogni caso andare al di là di quelle che comporta inevitabilmente una certa forma di trattamento o di pena legittimi.

¹⁵ C. eur. dir. uomo, Grande Camera, Labita c. Italia, 6 aprile 2000, ric. n. 26772/95. Si vedano, ad esempio, le sentenze Irlanda c. Regno Unito del 18 gennaio 1978, serie A n. 25, § 162; Van der Ven c. Paesi Bassi, n. 50901/99, CEDU 2003-II, § 47, 4 febbraio 2003; Lorse c. Paesi Bassi, n. 52750/99, § 59, 4 febbraio 2003; Frérot c. Francia, n. 70204/01, § 35, 12 giugno 2007; Cavallo c. Italia, n. 9786/03, 4 marzo 2008, § 24; Idalov c. Russia [GC], n. 5826/03, § 95, 22 maggio 2012.

¹⁶ C. eur. dir. uomo, ric. n. 37648/02, 1 settembre 2015. Per un approfondimento: V. Manca, *La Corte EDU conferma la compatibilità del 41-bis Ord. Pen., ma il "carcere duro" è davvero conforme ai diritti umani?* in *Giurisprudenza Penale (Rivista web 2016)*, p.9.

¹⁷ Corte Europea dei Diritti Dell'Uomo, causa Viola c. Italia, n. 77633/16, 13 giugno 2019.

favorito l'intervento della Consulta che con la sentenza n. 253/2019 ha rimosso la natura della presunzione assoluta di pericolosità sociale assegnata dal Legislatore, ai soggetti non collaboratori e condannati per i reati rientranti nel catalogo di cui all'art. 4 *bis* ord. pen.

La pena dell'ergastolo, come disciplinata dalla normativa italiana, è sempre stata ritenuta secondo i principi dettati dai giudici di Strasburgo, compatibile con l'art. 3 della Convenzione. Questo, in ragione del fatto che anche le pene perpetue sono riducibili. La possibilità di una riduzione consiste, infatti, nell'opportunità riconosciuta al condannato all'ergastolo, di poter essere ammesso alla liberazione condizionale quando abbia scontato almeno ventisei anni di pena, ai sensi dell'art. 176 comma 3 c.p.¹⁸

Nel caso di specie, l'attenzione della Corte Europea si concentra sulla verifica dell'unica occasione per quest'ultimo di una prospettiva di liberazione. Stando ai fatti e vista la pena inflitta dell'ergastolo per delitti di cui all'art. 4 *bis* comma 1 ord. pen., la sola opzione era quella di percorrere la strada della collaborazione con la giustizia. A tal proposito, il Governo sottolineava, come la scelta di collaborare o meno, fosse unicamente ricollegata alla volontà del condannato che è «l'unico artefice del suo destino»¹⁹.

Nella stessa occasione, veniva evidenziata, inoltre, la netta differenza che distingue l'istituto dell'art. 41 *bis* ord. pen. dall'art. 4 *bis* ord. pen., nonostante la correlazione che caratterizza le due disposizioni. Invero, se per far terminare l'applicazione del regime speciale spetta all'amministrazione fornire una motivazione dettagliata circa la capacità o meno del detenuto di mantenere contatti con l'organizzazione mafiosa, viceversa, per far venir meno l'ostatività, grava sul condannato la prova positiva di dover dimostrare l'assenza di legami con l'organizzazione criminale di appartenenza, attraverso l'unica via che sino ad oggi ha costituito «l'indicatore oggettivo, per il legislatore, del rigetto dei "valori criminali" e della "dissociazione" dal gruppo mafioso di appartenenza»²⁰, ovvero: la collaborazione sia essa possibile, impossibile o inesigibile.

Dunque, nel caso affrontato dalla Corte, da una parte l'ordinanza del Tribunale di Sorveglianza aveva posto fine al regime speciale di detenzione in virtù della mancanza di capacità del ricorrente di mantenere contatti con l'organizzazione criminale e dati i risultati positivi della rieducazione; dall'altra il condannato risultava comunque costretto alla collaborazione come unico lasciapassare al fine di ottenere anche solo una valutazione da parte del giudice che guardasse al percorso interno, piuttosto del mero arresto dinanzi alla mancanza di condizioni di ammissibilità. Perciò, alla luce dei principi espressi dalla Corte EDU -a mente dei quali la pena perpetua è legittima fintantoché l'ordinamento preveda una prospettiva di liberazione e possibilità di rivisitazione effettiva della pena stessa- l'ergastolo cosiddetto ostativo, in applicazione dell'art. 4 *bis* ord. pen., va considerato come eccessivamente limitante ai fini delle condizioni su indicate, dato che la scelta di non collaborare risulta preclusiva di qualsivoglia possibilità. In ragione di ciò, conclude la Corte, le esigenze dell'art. 3 della Convenzione non

¹⁸ Il principio qui esposto era già stato confermato e ribadito in due importanti sentenze della Corte Edu: Garagin c. Italia, ric. n. 33290/07 del 29 aprile 2008 e nella sentenza Scoppola c. Italia, ric. n. 10249/03, 8 settembre 2005.

¹⁹ Si esprime in tal senso il Governo nel § 79 della sentenza C. eur. Dir. uomo Viola c. Italia.

²⁰ Così nella sentenza C. eur. Dir. uomo, Viola c. Italia, § 79.

risultano rispettate, posto che l'assenza di collaborazione con la giustizia determina «una presunzione inconfutabile di pericolosità»²¹.

Argomentazioni, per l'appunto, riprese nella sentenza n. 253/2019, che hanno portato a dichiarare costituzionalmente illegittimo l'art. 4 *bis*, comma 1, ord. pen. e a mettere, pertanto, in discussione l'attualità di istituti come quello dell'art. 58 *ter* e 41 *bis* ord. pen.

Invero, sembrano compiersi passi sempre più indirizzati verso un regime in cui ai condannati siano assicurate quante più occasioni possibili al fine di garantir loro una effettiva rieducazione ai sensi dell'art. 27 comma 3 Cost. Tuttavia, una declinazione così ampia della funzione rieducativa della pena, traslata nell'odierno regime del carcere duro, potrebbe metterlo in crisi.

3. Un regime da valutare in concreto

Un primo punto di partenza circa l'esigenza di rivalutare l'assetto dell'art. 41 *bis* ord. pen., muove anche dalla giurisprudenza di legittimità che ha più volte sottoposto all'attenzione della Consulta prescrizioni interne alla vita carceraria che risultano particolarmente restrittive.

Tracciando una panoramica delle recenti questioni di legittimità costituzionale sottoposte alla Consulta circa alcune delle lettere contenute nell'art. 41 *bis* comma 2 *quater* ord. pen.²², si evince la richiesta pacifica della giurisprudenza di merito e di legittimità, sull'onda delle indicazioni fornite da alcune pronunce della Corte Edu, di un bilanciamento effettivo tra lo scopo perseguito dal regime speciale e l'applicazione di talune prescrizioni. A tal proposito, un primo riferimento è al divieto ex art. 41 *bis* comma 2 *quater* lett. f) nella parte in cui detta l'impossibilità per i detenuti sottoposti a siffatto regime di «cuocere cibi». Il disposto dell'art. 13 quarto comma DPR n. 230/2000 consente ai ristretti nel carcere duro di poter utilizzare i fornelli al solo fine di riscaldare o preparare bevande e cibi già cotti, contrariamente a quanto previsto per i detenuti comuni o spettanti all'alta sicurezza.

Di qui, la dedotta violazione nella sentenza n. 186/2018 degli articoli 3 e 27 Cost., in virtù dell'impossibilità di ritracciare in una simile prescrizione l'esigenza giustificatrice posta alla base dell'imposizione del regime differenziato.

Lo stesso principio, ovvero quello dell'inadeguatezza di talune misure che nel concreto non risultano atte ad evitare l'eventuale possibilità di contatti del detenuto in 41 *bis* con il sodalizio criminale di appartenenza o l'affermarsi di potenziali posizioni di privilegio, è stato ripreso e seguito recentemente anche dall'Ufficio di Sorveglianza di Roma. Invero, il Magistrato di Sorveglianza, investito della questione attinente alle preclusioni previste in tema di generi alimentari al detenuto in regime speciale, ha disposto la disapplicazione dell'art. 7 circolare DAP 2.10.2017, nella parte in cui senza un motivo pertinente rispetto al fine perseguito

²¹ Parole della C. eur. dir. uomo, Viola c. Italia, § 127.

²² Come la lettera b) del comma 2 *quater* dell'art. 41 *bis* ord. pen. dichiarata costituzionalmente illegittima con la sent. n. 143/2013 per approfondimento: M. Ruotolo, *Le irragionevoli restrizioni al diritto di difesa dei detenuti in regime di 41-bis*, *Consulta online*; contrariamente ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità circa le lett. a) e c) comma 2 *quater* dell'art. 41 *bis* ord. pen, vedi: A. Della Bella, *Per la Consulta è legittimo il divieto imposto ai detenuti in 41 bis di scambiare libri e riviste con i familiari*, in *Diritto penale contemporaneo* (rivista web 2017).

dalla norma, non permette loro di acquistare i medesimi generi alimentari concessi, sulla base dell'attuale previsione del modello 72, invece, ai detenuti dell'alta sicurezza. La violazione del principio di eguaglianza, come sottolineato nell'ordinanza, anche in questo caso, si evince dal semplice fatto che quest'ultimi godono di una più vasta gamma di prodotti -come quelli destinati ai detenuti comuni- nonostante molto spesso si trovano ristretti per reati analoghi a quelli commessi dai detenuti sottoposti al regime detentivo differenziato²³.

Nondimeno, il dubbio di legittimità dell'art. 41 *bis* comma 2 *quater* lett. f) ord. pen. ha investito nuovamente la Consulta con riguardo all'aspetto «dell'assoluta impossibilità di scambiare oggetti» anche tra detenuti appartenenti al medesimo gruppo di socialità. Ancora una volta, al centro dell'indagine vi è la finalità stessa della norma per poter comprendere se la sospensione delle ordinarie regole di trattamento risulti proporzionata rispetto all'obiettivo della disposizione, ovvero la recisione dei collegamenti con l'associazione criminale di appartenenza.

In entrambe le sentenze, la ricostruzione del giudice *a quo* circa la *ratio* dei divieti, ne ha fatto emergere i profili discriminatori.

Infatti, se da un parte l'impossibilità di cuocere cibi era stata ricollegata al fine di evitare che il detenuto ristretto secondo le regole del regime speciale potesse acquistare quantità e qualità di cibo tali da poter consentire di «mostrare o imporre il proprio carisma criminale»²⁴; dall'altra, allo stesso modo, il limite allo scambio di oggetti era stato introdotto come strumento per evitare il configurarsi di posizioni di preminenza tra i detenuti, nonché per scongiurare l'ipotesi di una comunicazione da veicolare all'esterno in occasione di un colloquio con familiari o terze persone. Seppur per distinte ragioni, il minimo comun denominatore, che ha portato a dichiarare fondate le suddette questioni, tanto nella sentenza n. 186/2018 quanto nella pronuncia n. 97/2020, risiede nel non potersi rilevare alcuna congruità tra le prescrizioni imposte e l'esigenza di dover garantire l'ordine e la sicurezza pubblica, risultando piuttosto unicamente vessatorie. D'altronde, gli oggetti e i cibi a disposizione dei detenuti in regime differenziato sono vincolati *ab origine*. Difatti, l'art. 15 del DPR n. 230/2000 consente l'introduzione soltanto di oggetti di modico valore, lo stesso principio è applicato anche agli alimenti. Ciò comporta che le limitazioni di cui all'art. 41 *bis* comma 2 lett. f) ord. pen., sorrette dalla necessità di evitare il verificarsi di situazioni di supremazia, non trovano ragion d'essere atteso che il contenuto è predeterminato e controllato a monte dall'amministrazione.

Ancora, l'incongruenza risiede, per quanto attiene la cottura dei cibi, nel fatto che non è di certo la differenza tra "cotto" e "crudo", come evidenzia la Consulta, ad essere sufficiente eventualmente ad evitare l'imposizione del carisma criminale del detenuto, che tuttavia può ben mostrarsi anche in vigenza delle già menzionate limitazioni. Al contempo, anche il divieto di scambio di oggetti tra detenuti appartenenti al medesimo gruppo di socialità, come strumento per elidere il sopra indicato pericolo, risulta alquanto afflittivo giacché pleonastico. In particolare, ove realmente l'intento del ristretto fosse quello di trasmettere messaggi all'esterno o stabilire posizioni gerarchiche tra singoli detenuti, potrebbe senza dubbio utilizzare situazioni differenti, come fa presente la Corte, quali i cosiddetti "cortili di passaggio", le "salette" o il momento di apertura tra le singole celle.

²³ Ordinanza del 18 Gennaio 2021 n. 7371/2020 Magistrato di Sorveglianza di Roma.

²⁴ Sent. Corte Costituzionale n. 186, 26 settembre 2018, § 3.1.

Ciò detto, il filo conduttore da seguire è il medesimo, delineato oramai dalle precedenti sentenze della Corte costituzionale e Edu, ovvero: le disposizioni volte a sospendere le ordinarie regole di trattamento devono essere ricollegabili alle concrete esigenze di tutelare gli obiettivi prefissati dalla norma, al fine di evitare l'applicazione di prescrizioni che risultino contrarie al senso di umanità e di ostacolo al fine rieducativo della pena. Avuto riguardo a tale ultimo aspetto, invero, i giudici delle leggi sottolineano l'importanza di gesti come quello della cottura dei cibi piuttosto che dello scambio di oggetti, per poter garantire anche ai detenuti in regime speciale, di conservare la possibilità di «accedere a piccoli gesti di normalità quotidiana, tanto più preziosi in quanto costituenti gli ultimi residui in cui può espandersi la libertà del detenuto stesso»²⁵.

Sul punto, la Corte Europea nelle diverse questioni affrontate su alcune norme del regime speciale, ma non solo, il cui contenuto è apparso talune volte in contrapposizione a quanto stabilito dalla disposizione delle Convenzioni, ha sottolineato la necessità di dover adeguatamente soppesare se l'apposizione del regime, ancorché di determinate prescrizioni, è idoneo a perseguire lo scopo prefissato. Così non è stato, ad esempio, con riguardo al tema della corrispondenza, ove l'Italia a più riprese è stata condannata dalla Corte Edu circa la disciplina generale prevista in materia di colloqui, corrispondenza e informazione. In particolare, il potere attribuito sul controllo della corrispondenza è risultato eccessivamente affittivo e troppo generico nella sua portata e durata. A seguito di ciò, il legislatore è intervenuto con la legge n. 95, 8 aprile 2004, in prima battuta abrogando i commi 7 e 9 dell'art. 18 ord. pen. che prevedevano la possibilità, su provvedimento specifico del magistrato, di poter sottoporre a visto di controllo del direttore o di un appartenente all'amministrazione penitenziaria la corrispondenza dei detenuti e internati; per poi introdurre la disposizione ex art. 18 *ter* ord. pen. dedicata esclusivamente alle limitazioni e i controlli della corrispondenza. Sebbene, per il controllo della corrispondenza in regime di applicazione dell'art. 41 *bis* ord. pen., risolutiva è stata la sentenza Montani, con cui la Corte Europea ha constatato la violazione dell'art. 8 della Convenzione, in relazione all'art. 18 *ter* ord. pen., dal momento in cui per i detenuti in regime speciale anche la corrispondenza con il proprio difensore poteva essere sottoposta a controllo. Al fine di salvaguardare, i principi precedentemente esposti, venne, pertanto, stabilito che né le missive indirizzate al difensore né quelle rivolte agli organi competenti in materia di diritti umani potessero essere sottoposte a controllo da parte dell'autorità. Fatte salve tali circostanze, in tutti gli altri casi, non sussiste violazione dell'art. 8 "Diritto al rispetto della vita privata e familiare" della Convenzione, in virtù di quanto previsto dallo stesso paragrafo 2 della disposizione, che afferma l'idoneità dell'intromissione nella vita privata e familiare del detenuto ove l'ingerenza da parte dell'autorità risulti una misura necessaria per la salvaguardia di talune situazioni. Tra queste, particolare rilievo assumono: la sicurezza pubblica e nazionale, la difesa dell'ordine e la prevenzione dei reati, in quanto conformi al bisogno di recidere i collegamenti con il gruppo criminale di origine. Nondimeno, è la Costituzione stessa ai sensi dell'art. 15 a prevedere che le limitazioni alla libertà e segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione sono ammesse soltanto in

²⁵ Espressione utilizzata dalla Consulta nella sentenza n. 97, 5 maggio 2020, al § 8 che riprendere analogamente le sent. n. 349 del 1993, n. 20 e n. 122 del 2017 e n. 186 del 2018.

ragione di un atto motivato dell'autorità giudiziaria con le garanzie stabilite dalla legge.

Se tali aspetti su cui la Corte Edu è più volte intervenuta rappresentano i punti deboli interni al sistema e talvolta contrastanti con determinati articoli della Convenzione, al contempo può pacificamente affermarsi che, nonostante tutto, la Corte nel complesso ritiene quello di cui all'art. 41 *bis* ord. pen. un regime conforme ai principi della Convenzione stessa, in ragione della necessità posta alla base di siffatto strumento volto ad interrompere definitivamente i legami tra i detenuti e il clan criminale di appartenenza, senza andare «al di là di quanto, in una società democratica, è necessario alla difesa dell'ordine e della sicurezza pubblica e alla prevenzione dei reati»²⁶. D'altro canto, le stesse criticità son state più volte rilevate anche dalla Consulta che ha tracciato un "perimetro" piuttosto preciso sull'applicazione del regime differenziato, soprattutto, con lo scopo di eliminare quella parte di restrizioni di tipo "inutilmente vessatorio" e non funzionali alla necessità di impedire i contatti con l'esterno.

Orbene, allo stato ed in virtù delle considerazioni provenienti da diversi fronti, sembrerebbe che il sistema delineato dall'art. 41 *bis* non sarebbe più supportato da quelle esigenze che mossero il legislatore ad introdurre uno strumento come quello del regime detentivo speciale, l'unico realmente idoneo a prevenire e contrastare in maniera efficace non solo i più efferati crimini e criminali, bensì l'intera struttura della cosiddetta criminalità organizzata. Come se quella fase storica avesse del tutto perso la sua essenza, ed è forse dagli ultimi cambiamenti direzionali presi dalla Consulta, soprattutto con la pronuncia n. 253/2019, che ci si domanda se questa variazione è mossa dal sentire "comune" di una avvenuta trasformazione della stessa criminalità, tanto da non giustificare più strumenti quali la collaborazione ex art. 58 *ter* ovvero il carcere duro. Ma davvero può ritenersi superata l'emergenza mafiosa? "Condannare" l'esistenza del 41 *bis* significa non ritenere più minacciato né l'ordine né la sicurezza pubblica da quei fenomeni, in particolare da quello mafioso, che mossero il legislatore ad intervenire con siffatte disposizioni. Invero, se questo dato può ritenersi, probabilmente, reale per quanto attiene i crimini terroristici che hanno caratterizzato la storia italiana, lo stesso non può dirsi rispetto all'associazione di stampo mafioso ex art. 416 *bis* ord. pen. Dalle evidenze giudiziarie si desume che: la mafia ha ancora oggi il controllo totale di vaste zone del paese e abbassare la guardia sarebbe un grave errore. Non dimentichiamo la "pressione" fortissima esercitata dal fenomeno mafioso sulla politica per eliminare questo istituto e quello del 4 *bis*, che insieme alla legislazione sui collaboratori di giustizia, costituiscono l'architettura della legislazione antimafia. Anche di questo vi sono clamorose evidenze giudiziarie.

4. Il posto degli internati nel mondo del 41 *bis* ord. pen.

Se l'esistenza di questo sistema differenziato, nonostante la necessità di un intervento da parte del legislatore al fine di riconsiderarne taluni aspetti interni che nel concreto risultano superflui e inutilmente vessatori rispetto all'obiettivo

²⁶ In questi termini nel *Rapporto sul regime detentivo speciale indagine conoscitiva sul 41-bis* (Senato della Repubblica- XVII Legislatura- Marzo 2018), in particolare nel capitolo 2: *Il regime speciale sotto la lente del Consiglio D'Europa*, p. 49.

specifico della norma, trova ragion d'essere per i condannati che devono espiare la pena, ugualmente non può dirsi per quanto attiene gli internati.

La disciplina generale, infatti, prevede che il ristretto, una volta scontata la condanna possa essere raggiunto da una misura di sicurezza personale detentiva che si affianchi alla pena principale, sulla base di elementi atti a confermarlo come socialmente pericoloso. In particolare, l'art. 216 c.p. dispone l'assegnazione ad una colonia agricola o ad una casa lavoro per coloro che sono stati dichiarati delinquenti abituali, professionisti o per tendenza, con l'intento di valutarne più avanti l'effettivo reinserimento sociale. La durata della misura viene fissata soltanto nel minimo rimettendo, pertanto, alla scadenza del termine la valutazione circa l'attuale pericolosità del soggetto, al magistrato o tribunale di sorveglianza.

Tuttavia, l'aspetto pratico di tali misure appare molto spesso in contrasto con la *ratio* delle stesse, soprattutto, per coloro che di fatto si trovano nuovamente "detenuti", nonostante la condanna risulti espiata, sotto le regole del regime detentivo differenziato. La misura della casa lavoro, in questi termini, sembra divenire, infatti, la *longa manus* di una pena inflitta che, da determinata, rischia di trasformarsi in un ipotetico fine pena mai.

Invero, le esigenze di ordine e sicurezza pubblica che giustificano la sospensione delle ordinarie regole di trattamento -che sino a questo punto hanno rappresentato il cuore della questione e che permettono di ritenere legittimo il sistema di cui all'art. 41 *bis* ord. pen. anche al vaglio dei giudici di Strasburgo- non paiono sufficienti per quanto attiene invece gli internati. Per questi ultimi, infatti, l'ordinamento penitenziario detta una disciplina ad *hoc* finalizzata a perseguire lo scopo tipico della misura special preventiva, ovvero, la risocializzazione, attraverso aeree apposite collocate all'interno degli Istituti e benefici, come quelli ex art. 53 ord. pen. o la possibilità di essere ammesso in ogni tempo alla semilibertà, ad essi esclusivamente dedicati.

Tutto questo però, viene meno, dal momento in cui è accertata o si ritiene ragionevolmente plausibile, poiché ad esempio il sodalizio originario è ancora in vita, l'ipotesi che, al di fuori di tali rigidi schemi, i legami dell'internato con il *clan* criminale di appartenenza potrebbero facilmente essere ripresi.

In questo caso, invero, si ricorre alla misura del carcere duro che porta ad una soppressione totale degli istituti e della disciplina tipica degli internati eguagliando in questo modo la misura di sicurezza alla pena detentiva. Lo stesso art. 15 comma 2 ord. pen. rubricato "Elementi del trattamento", evidenzia che «ai fini del trattamento rieducativo, salvi casi di impossibilità, al condannato e all'internato è assicurato il lavoro».

A tal proposito il percorso tracciato dalla Suprema Corte, che con ordinanza n. 30408/2020 ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 41 *bis* commi 2 e 2 *quater* nella parte in cui estendono la facoltà di sospendere le ordinarie regole di trattamento e i relativi istituti nei confronti degli internati assoggettati a misura di sicurezza detentiva, rimarca la netta differenza che dovrebbe sussistere, non solo a livello teorico ma anche sul piano attuativo, tra misura di sicurezza e pena. Allo stato, la misura di sicurezza detentiva, sotto le regole del 41 *bis* risulta, tuttavia, totalmente incompatibile con la garanzia fondamentale del principio del *ne bis in idem*, atteso che il regime esecutivo della pena si estende per analogia a quello della misura, realizzandovi una riproduzione dell'intervento sanzionatorio, in

contrasto anche con l'art. 4 comma 1 protocollo n. 7 della Convenzione Europea²⁷. La Corte Edu, infatti, già nella sentenza M. v. Germania²⁸, ripresa dalla stessa Corte di Cassazione, evidenzia che il trattamento degli internati privo di contenuti specifici rispetto all'esecuzione della condanna, rappresenta una vera e propria pena sotto il profilo dell'art. 7 CEDU, così violandolo. Pertanto, le ragioni storiche alla base dell'art. 41 *bis* alla luce della normativa, in realtà prevista per gli internati, non lasciano spazio di "manovra" al fine rieducativo. Quello stesso fine che la Consulta rammenta, non può mai essere annullato rispetto a nessun'altra funzione, sia essa preventiva o retributiva, ricordando il «principio della non sacrificabilità della funzione rieducativa sull'altare di ogni altra, pur legittima, funzione della pena»²⁹.

Se ciò rappresenta il filo conduttore da dover seguire pedissequamente in ogni detenzione, a maggior ragione risulta violato nel caso degli internati, se si pensa che il perdurare dell'applicazione del regime differenziato, in questo caso, ha come presupposto la mera possibilità di prendere o riprendere i collegamenti con la criminalità organizzata, permettendo potenzialmente di non escluderne mai la pericolosità sociale. Allo stato, la posizione dell'internato rischia di rappresentare un'aspirale senza via d'uscita sintantoché la disciplina del regime differenziato quanto quella destinata agli internati continuano a mantenere presupposti analoghi. È sufficiente pensare, ad esempio, al fatto che si tratta in entrambi i casi di istituti a tempo la cui proroga è subordinata al ricorrere della medesima condizione di accertata pericolosità sociale nonché sussistenza dei collegamenti con il *clan* criminale di appartenenza. Il "rimbalzo" da detenuto ex art. 41 *bis* ad internato in 41 *bis* assume le sembianze del cosiddetto ergastolo bianco dal momento in cui dopo aver espiato la condanna, che giustificava la restrizione in regime speciale al ricorrere di determinate circostanze, segue l'applicazione della misura di sicurezza detentiva che altro non rappresenta che una mera ripetizione di quanto già scontato.

Sembrerebbe essere arrivato, dunque, il momento di ripensare non solo al presupposto che vede gli internati nuovamente sotto le regole del carcere duro, ma anche ad un sistema che permetta agli stessi, pur se realmente pericolosi, di avere quella seconda opportunità attraverso la misura di sicurezza detentiva, che permetta loro di reinserirsi e godere dei benefici che l'ordinamento penitenziario prevede.

²⁷ Corte di Cassazione ordinanza n. 30408/2020 § 8.

²⁸ Le parole della Corte Edu nella sentenza M. v. Germania, 17.12.2009, ric. n. 19359/2004, al § 120 «The concept of "penalty" in Article 7 is autonomous in scope. To render the protection afforded by Article 7 effective the Court must remain -36 M. v. Germany Judgment- free to go behind appearances and assess for itself whether a particular measure amounts in substance to a "penalty" within the meaning of this provision. The wording of the second sentence of Article 7 § 1 indicates that the starting point in any assessment of the existence of a penalty is whether the measure in question is imposed following conviction for a "criminal offence". Other relevant factors are the characterisation of the measure under domestic law, its nature and purpose, the procedures involved in its making and implementation, and its severity».

²⁹ In questi termini si è espressa la Corte Costituzionale nella sentenza n. 149/2018 al § 7.

5. Il punto di vista del Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale

Con il rapporto tematico sul regime ex art. 41 *bis* ord. pen. del 7 gennaio 2019, il Garante Nazionale ha esposto, come avviene di consueto, il proprio parere circa lo stato attuale -in particolare il biennio 2016/2018- di tutte le Sezioni a regime detentivo speciale presenti sul territorio, evidenziandone le criticità a livello strutturale ed esprimendo, altresì, talune perplessità attorno a particolari prescrizioni dettate da circolari DAP al fine di perseguire lo scopo previsto dalla norma. Ricollegandosi alle tematiche su esposte recentemente sottoposte all'attenzione della Consulta, tra le molteplici questioni affrontate dal Garante, emergono, ancora una volta, quelle concernenti il tema degli internati e la previsione di alcune disposizioni presenti nel testo definitivo della circolare n. 3676/612 del 02.10.2017 non pertinenti rispetto all'esigenza di salvaguardia dell'ordine e della sicurezza pubblica.

Circa la situazione vissuta dagli internati il Garante riporta l'esempio della casa Circondariale dell'Aquila priva degli adeguati spazi per lo svolgimento della misura di sicurezza di alcune persone ivi internate.

A detta del Garante, pertanto, nel primo incontro avuto con questo ambiente, l'assenza di una netta distinzione tra il trattamento riservato ai detenuti e agli interanti in regime speciale è del tutto evidente, se non peggiore.

Invero, se la misura di sicurezza disposta nei loro confronti è la "Casa Lavoro" e vengono però inseriti in un contesto privo di qualsiasi possibilità di svolgere un'attività lavorativa risulta spogliato il senso della disciplina considerato che, dall'inoperatività degli stessi, non possono ricavarsi elementi utili per accertare la sussistenza o meno della pericolosità sociale presupposto dell'applicazione della misura. Tuttavia, la situazione non appare migliore né tantomeno risolta con l'accoglimento della richiesta di spostamento dei cinque internati in un istituto più opportuno individuato nel carcere di Tolmezzo.

Invero, non è sufficiente l'esistenza di un lavoro per non ritenere inutilmente persecutorio il quadro della normativa. Un internato assoggettato alle regole del regime detentivo differenziato, secondo quanto previsto dall'art. 41 *bis* comma 2 quater lett. f ord. pen. -come evidenziato dai difensori dell'internato presso l'istituto di Tolmezzo che hanno promosso il ricorso accolto dalla Suprema Corte - si trova chiuso nella propria camera detentiva per 21 o 22 ore al giorno risultando in ogni caso infruttuose le ore rimaste a disposizione per lo svolgimento dell'eventuale attività lavorativa³⁰. La medesima situazione era stata già segnalata, infatti, nel rapporto del Garante che ravvisa nella concessione del lavoro per un massimo di tre ore a giorni alterni, una impossibilità di legittimare la misura di sicurezza prescelta. Difficoltà che continuano a sussistere nonostante, sull'onda degli orientamenti della Corte di Strasburgo, siano emerse ancor di più le assurdità di una normativa che rischia di continuare a punire le persone andando oltre la condanna inflitta.

Un ulteriore aspetto affrontato in questa sede riguarda il testo della già citata circolare n. 3676/612 del 2 ottobre 2017 con cui nel 2016 il Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria sentì la necessità di avviare a livello centrale le

³⁰ Ordinanza Corte Cassazione n. 30408/2020 § 2.

modalità di attuazione del regime ex art. 41 *bis* ord. pen. Nonostante la partecipazione del Garante alla stesura, alcuni aspetti rilevanti non sono stati recepiti nella su menzionata circolare che contiene, allo stato, criticità che rischiano, ancora una volta, di vanificare inutilmente il fine potenzialmente perseguito dal regime speciale tanto da renderlo inutilmente dispotico.

È il caso invero, di talune disposizioni interne eccessivamente rigide e carenti delle ragioni necessarie a poterne giustificare l'applicazione. Tra le varie osservazioni, ad esempio, emergono perplessità attorno ad una esagerata gestione di alcuni dettagli nella vita dei detenuti quanto degli internati che sfociano nel prevedere limitazioni che variano dal diametro massimo di pentole e pentolini, alla grandezza delle fotografie sino a stabilire il numero di matite o colori ad acquarello da poter tenere nella sala pittura³¹. Ancora, di dubbia necessità è anche la regola, disapplicata nel 2018 dal Tribunale di Sorveglianza di Roma³², con cui la circolare disponeva l'obbligo di accensione della televisione non prima delle sette del mattino e lo spegnimento non oltre la mezzanotte, così comprimendo il diritto all'informazione, come sottolinea il Garante, in maniera illogica e incongrua.

Ciò detto la risposta circa l'idoneità o meno del regime ex art 41 *bis* e annesse limitazioni interne si evince anche questa volta dall'esistenza concreta di ragioni atte a giustificare tali restrizioni che, di certo, non possono dirsi esistenti nei casi su prospettati. Come rimarcato dal Garante stesso, non è certo la possibilità di detenere 15 matite, piuttosto che dodici, o pentole con un diametro superiore a più di determinati cm a poter ricreare situazioni interne di predomino tantomeno poter far confermare l'esistenza di collegamenti dei detenuti o internati con il clan criminale di appartenenza. Quanto più si creano situazioni irragionevoli tanto più rischia di perdere credibilità e supporto un regime così fondamentale come è quello speciale.

L'auspicio del Garante, volto a sostenere la legittimità del regime detentivo differenziato, è di creare una rete di condizioni di vita interne e regole che esulino dall'essere superflue, sproporzionate oltreché non necessarie rispetto allo scopo perseguito dalla norma, ovvero, l'esigenza di garantire l'ordine e la sicurezza pubblica.

6. Considerazioni finali attorno ad un regime stretto fra opposte esigenze

Questa fase storica in cui le Corti sembrano cambiare direzione, alla luce delle numerose pronunce che, allo stato, riconoscono diverse prescrizioni del carcere duro come inopportune rispetto al fine perseguito dalla norma, porta inevitabilmente a riflettere su come potrebbe cambiare l'attuale assetto del regime differenziato, nonostante la necessità, purtroppo ancora esistente, di dover salvaguardare l'ordine e la sicurezza pubblica da quella criminalità che seppur appare diversa continua, tuttavia, ad integrare la fattispecie di cui all'art. 416 *bis* c.p.

³¹ Rapporto del Garante al paragrafo A.6 "*L'utopia unificante*": diametro massimo di pentole e pentolini rispettivamente 25 e 22 cm, il numero di matite o colori ad acquarello detenibili nella sala pittura non oltre 12, il numero di libri che si possono tenere nella camera 4, le misure delle fotografie di dimensione non superiore a 20×30 cm e in numero non superiore a 30.

³² Ordinanza Tribunale di Sorveglianza di Roma n. 4164 del 27 settembre 2018.

Inevitabile è il riferimento, ancora una volta, alla sentenza n.253/2019 che nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 41 bis comma 1 apre ad un ventaglio di potenziali "ricadute" anche nell'istituto dell'art. 41 bis ord. pen.

Riconsiderare l'utilizzo dello strumento della collaborazione come non più necessario al fine di vagliare l'effettiva interruzione dei collegamenti con il sodalizio criminale, inserendo piuttosto, a carico del detenuto la cosiddetta prova positiva rafforzata dell'assenza degli stessi, porta a considerare che: se si è già arrivati alla fase per cui per accedere al permesso premio, quindi al mondo esterno, è sufficiente la dimostrazione di un distacco dal clan criminale di appartenenza, la questione è dunque quanto possa essere realmente influente continuare a mantenere le attuali e rigide prescrizioni interne del sistema ex art. 41 bis. A seguito, soprattutto, delle sempre più frequenti statuizioni che hanno dichiarato costituzionalmente illegittime alcune delle prescrizioni previste dal comma 2 quater dell'art. 41 bis ord. pen., in ragione dell'assenza di una logica tra quanto imposto e l'obiettivo perseguito dalla norma.

Può apparire opportuno chiedersi, allora, se per gestire questo nuovo fenomeno mafioso, che cambia forma senza arrestarsi, non occorra forse trovare una soluzione che possa e che debba, mantenere saldo il principio che ha portato all'introduzione di siffatta disposizione, ovvero l'esigenza di tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica, ma che sappia bilanciare in maniera adeguata, al contempo, i diritti della persona e quelle situazioni di fatto interne che non potrebbero in alcun modo compromettere lo scopo primario del precetto.

Procedendo lungo i ragionamenti della Consulta nelle ultime decisioni, si evince che il criterio prescelto per valutare la concreta legittimità delle prescrizioni è analizzare se queste nel concreto, ove eliminate, possano far insorgere situazioni atte a mettere a repentaglio il fine seguito dal regime.

Atteso ciò, quindi, occorre revisionare quanto potrebbe essere realmente pericoloso inserire un numero più elevato di colloqui al mese con i propri familiari o, nondimeno, con il proprio difensore dal momento che, comunque, i colloqui vengono sottoposti a controllo audiovisivo e registrazione. Ancora, allungare la permanenza all'aperto in una durata superiore alle due ore può effettivamente generare situazioni di pericolo? Potenzialmente, potrebbero bastare anche meno di due ore o non servire affatto, qualora si volessero veicolare messaggi o creare situazioni di supremazia o ancora mettere a repentaglio l'ordine e la sicurezza. Soprattutto se si considera che la socialità può avvenire esclusivamente tra soggetti appartenenti allo stesso gruppo e in un numero non superiore a quattro.

Pertanto, dal momento in cui la pronuncia n. 253/2019 della Consulta fa cadere il timore di un reinserimento fisico del detenuto per la via del permesso premio, non si può non pensare che tale riapertura possa irradiarsi in ulteriori aspetti interni del regime detentivo differenziato come, ad esempio, quelli attinenti al tema dell'affettività o dell'informazione. Invero, sembrano venir sempre meno le differenze concrete, pur rimanendo quelle funzionali, con il regime particolare ex art. 14 quater ord. pen., la cui attuazione è subordinata inevitabilmente ad un bilanciamento ponderato e proporzionato tra le privazioni imposte alla libertà della persona e la sua effettiva pericolosità.

La riflessione finale verte, quindi, attorno alla possibilità di utilizzare uno strumento più duttile che permetta, nello stesso tempo, di mantenere comunque un sistema adeguato alle esigenze di ordine e sicurezza del sistema di cui all'art. 41 bis

ord. pen., per effettuare nel migliore dei modi una coesistenza funzionale tra diritti del detenuto ed esigenze di salvaguardia di tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica, senza intaccare le certezze granitiche del nostro sistema penitenziario che hanno permesso di combattere, sino ad oggi, importanti battaglie. Non si può dimenticare, invero, come la mafia si caratterizzi «per la sua rapidità nell'adeguare valori arcaici alle esigenze del presente...e per la sua capacità ad essere sempre diversa e sempre uguale a sé stessa»³³.

Le parole indimenticabili del Giudice Falcone ci ricordano che: «c'è sempre una nuova mafia pronta a soppiantare quella vecchia»³⁴.

Questione Giustizia

³³ G. Falcone in collaborazione con M. Padovani, *Cose di Cosa Nostra*, Fabbri Editori, 1991, p.103.

³⁴ G. Falcone in collaborazione con M. Padovani, *Cose di Cosa Nostra*, Fabbri Editori, 1991, p.104.